

財産分与の性格

坂 本 圭 右

目 次

- 一 はじめに
- 二 夫婦別産制と財産分与
 (一) 問題の所在
 (二) 別産制の意義
 (三) 財産分与における清算観念
- 三 財産分与の性格
 (一) 財産分与における扶養観念
 (二) 財産分与の性格
 (三) 財産分与の内容と方法
- 四 むすび―財産分与と離婚による慰藉料―

一 は じ め に

わが国の財産分与制度は、離婚がなんらかの財産的給付をとまうべきことをひろく認識せしめると同時に、それ
財産分与の性格

ゆえに、当事者に離婚を現実のものとして意識させる一つの重要な契機を与えている、という意味において、今やそれは、制度そのものとしてはすでに完全に定着しかつそれなりの作用を営んでいるといつてよいであろう。しかし、その反面で、実際に給付される財産分与がとくに離婚婦にとってかならずしも相当なものととらえられ、⁽¹⁾ 観念されるにいたつておらず、したがつてこの制度にたいする一般の信頼はさほど高くはないというのもまた実情のようである。それは、この制度をもうけた民法の規定が簡潔にすぎ、財産分与の根拠を十分に示していないことにもつぱら起因するといつてよいであろうが、この点にかんしては、これまで財産分与の性格づけをめぐる論議としてさまざまに見解が展開されてきたことは周知のとおりである。

本稿もまた財産分与の性格を明らかにすることを目的とするものにはかならないが、そのために、本稿では、まず婚姻中の夫婦の財産関係、なにかんづく法定の財産制たる別産制と財産分与制度の関係、ならびに、いわゆる離婚の自由化が財産分与制度にもたらす意義、を明確にしておきたいと考える。ただし、財産分与の性格づけをめぐることは、従来の婚姻形態の大部分を占める主婦婚をよりどころに、もつぱら離婚婦の救済をはかるべく、婚姻中の財産関係につき実質的な共有制を志向して、財産分与のいわゆる清算観念の拡張にすぎたるものがみられるとともに、それにもかかわらず、財産分与制度が離婚の自由にたいして有する経済的保障たる役割を無視することができないからである。本稿は、婚姻中の別産制を維持しつつ、しかも離婚の自由を保障しうる財産分与の性格づけをこころみんとするものである。

(1) ちなみに、昭和五六年の司法統計年報によれば、全家庭裁判所における調停離婚、協議離婚届出の調停成立または家事審判法第二四条による審判離婚の総数一五、一三二件のうち財産分与・慰養料支払のとり決めがなされたものは八、三〇五件で、婚姻期間別のその支払平均額は、婚姻期間が一年未満のもの九五・八万円（最頻値五〇万円を超え一〇〇万円以下）、一年以上五年未満のもの一三八・二万円（最頻値五〇万円を超え一〇〇万円以下）、五年以上一〇年未満のもの二一六万円（最頻値一〇〇万円を超え二〇〇万円以下）、一〇年以上一五年未満のもの二七八・一万円（最頻値四〇〇万円を超え）、一五年以上二〇年未満のもの三二八・三万円（最頻値四〇〇万円を超え）、二〇年以上のもの三六五・九万円（最頻値四〇〇万円を超え）であつた。

なお、支払額を裁判により定める場合においては、「給付義務者の支払能力は、財産分与請求の要件そのものとかかわりを持つ場合を別とすれば、給付額の決定にあたり斟酌されない建前であるのに対し、調停においては、支払能力の有無が給付額のとり決めに決定的な影響を及ぼすことから考えて、現実には、調停により合意された給付額は、支払能力の不足のためにかく低目に押えられがちであるように思われる」、というのが実務にたずさわる者の感覚のようである（家事実務研究会編集「家事財産給付便覧一」二七頁）。したがって、離婚件数の大多数を占める協議離婚の場合における支払額がさらに低いところにとどまっているということは、充分に推測されうることである。

二 夫婦別産制と財産分与

(一) 問題の所在

離婚による財産的給付―離婚給付―の制度は、系譜的には、離婚扶養さらには離婚賠償につらなるとされるが、⁽¹⁾わが国においても、旧法は離婚給付制度そのものをもたなかったとはいへ、離婚扶養を定めるべしとの提案はつとにみられた。⁽²⁾しかし、戦後の民法改正によりはじめての離婚給付制度として誕生したわが財産分与制度が、法文中にその

財産分与の性格

性格づけを欠いていること前記のとおりである。のみならず、改正民法は、家族関係における「個人の尊厳と両性の本質的平等」をめざして、法定の夫婦財産制として管理共通制を廃しいわゆる完全別産制を採用したから、かかる民法改正の経過にてらせば、財産分与に清算観念を導入すべしとの主張があらわれるのは当然であつた。⁽³⁾この別産制をもって財産関係における夫婦の形式的な平等を宣言するにとどまると解するかぎり、そのいわば実質的な平等は、すくなくとも離婚にさいして、財産分与による夫婦財産の清算なしには達成されえないと観念されるからである。

ここで「清算」とは、これまでのところ、夫婦財産法の離婚後の財産関係への投影とみられているようであるが、いまや婚姻中の夫婦財産関係そのものの理解が多様であるところから、具体的にその意味するところはかならずしも一様ではない。したがって、財産分与における清算観念の内容を明らかにするためには、まずこのいわゆる清算の対象を確定することが必要であり、そのためには夫婦財産制それ自体の検討が不可欠である。

(1) 佐々木宏「離婚による財産分与の性格」早稲田法学三〇巻四四六頁以下参照。

(2) たとえば、旧法草案第八二九条や、旧法下大正一四年の臨時法制審議会による親族法改正要綱第一七ならびにこれを整理した昭和一六年の人事法案第九四条に、その例をみることができる。

(3) 法文中の「当事者双方がその協力によって得た財産」という文言がその手がかりを与えていることはいうまでもない。ちなみに、第一国会における「民法の一部を改正する法律案」の参議院司法委員会での審議にさいして、奥野政府委員は、第七六八条について、「これは要するに夫婦の財産というものは、夫婦の協力によって得たものであるから、夫婦別れをする場合には、その財産を分割するという思想と、それからやはり扶養料の請求を認めるべきであるという議論、或いは又離婚の原因を与えた方に制裁的といいますか、慰藉の意味でそういうものを請求せしむることを認めていいといういろいろな意味を含めまして、財産分与の請求権を認めることになったのであります」（家庭裁判資料第三四号「民法改正に関する国会

關係資料」四八七頁)、と説明している。

(二) 別産制の意義

財産分与に離婚にさいしての夫婦財産關係の清算たる性格を認めんとする学説は、その基礎を婚姻共有財産制の思想に求めるのが一般である。⁽¹⁾すなわち、いわゆる主婦婚が多く、またかりに妻が對価をとまなう社会的な勞働に従事している場合でも、現実には家計補助的なものにとどまることの多いわが国においては、婚姻中の夫婦財産關係につき採用されている別産制が夫婦の實質的不平等の支えになっていると容易に觀念されうるところに、婚姻共有財産制の思想を背景に財産分与における清算的性格が強調される契機が存するようである。

ところで、近代の夫婦別産制は、一九世紀後半から二〇世紀前半にかけての妻の保護とそれともなう財産上の地位の向上が人格對等の思想に裏付けられつつすぐれて個人主義思想に影響されて結実したものであった。したがって、このような沿革にてらせば、すくなくとも近代的な別産觀念は、市民社会における財産法上の一般秩序が對等な人格者として把握される夫婦の財産關係にそのままちこまれたものとみることができ、かくては、かかる別産觀念そのものは、財産關係において婚姻法上の制約から解放した妻をして、市民社会における自由な商品交換の場へ財産権のない手として登場せしめることにその本来的な意義が認められるのであって、この意味においては、かような觀念によって支配される別産制は、夫婦の財産關係において共有財産制をとらない旨を消極的に示したということを除けば、その歴史的な役割はともかく、夫婦財産制としてのなんらかの特別な意義をもつべきものではなかつ

た。もっとも、現実の家族生活において、家事を専業とする多くの妻は、もともと商品交換の場にもち出すべき財貨をもたないばかりか、これを獲得する手段をも欠くのが一般であつてみれば、右の別産觀念も、このような妻にとつてかくべつ實際的な意味あいをもつものではない。そこに、妻にとつての家族生活が不可避的に扶養の場たらしめられるゆえんがある。のみならず、婚姻が円満に継続するかぎり、妻は、夫婦の協力義務を基礎として、後記のごとく、むしろ夫と同程度の生活を維持しうるのをつねとするから、右の別産觀念が現実的な意味をもつのは、妻がかかる生活の場から放たれる離婚にさいしてである。離婚により必然的におとしめられる生活困窮を避けんがため離婚をちゅうちよせざるをえない結果、妻は実質的に自由な離婚への途を閉ざされるにいたるからである。

すなわち、資本主義的生産様式のもとで、もっぱら消費生活の場とされる家族生活においては、これを経済的に維持するのは、対価をとまなう社会的な労働と消費をとまなう家事労働とであるが、いまだ低賃金を含む劣悪な条件下におかれてゐる女性の社会的労働のなかで、とりわけて家族的制約に拘束されることの多い妻のそれは、かりに社会的労働に参加することをうるとしても、これをもつて継続的な家族生活の全費用をまかなうに足りないのが普通である。家族生活が性的分業により営まれ、妻が家事労働の主たる担当者とされる理由がここにある。もとより、夫婦と未成熟の子とから成り立つのを原則とする近代家族においては、夫婦の協力は、家族生活の維持・存続のために必要・不可欠であるから、夫の社会的労働も妻の家事労働も、ともにその有用性において同等に評価さるべきことはいうまでもない。しかるに、別産制そのものは、かかる評価を夫婦の財産関係のうえにも反映することをえない。ただし、市民社会における財産法の一般秩序を導入した別産制のもとでは、それゆえに自己責任の原則によつて、性的分

業によりいわば余儀なく対価をとまなわない家事労働に従事する妻といえども、よって生ずる不利益はみずからこれを負担するほかはないからである。⁽²⁾かくて、現実の家族生活においては、別産制により表現される個人主義的な夫婦の人格平等が、そのみでは財産上の平等をもたらしえないと観念されるところに、たんなる人格の平等から実質的な平等への志向がみられるのであって、近時、わが財産制をもって対外的にはともかく、夫婦内部において実質的に婚姻共有財産制をとるにひとしい解釈が有力に唱えられていることは周知のとおりである。⁽³⁾すなわち、家事労働のよくな無償労働の担当と婚姻費用の分担とは、ともに夫婦協力義務の具体的なあらわれであって、両者は対価関係に立つとしたうえで、第七六二条二項により推定される財産については、婚姻費用からの支出で取得した家財・家具など日常生活に必要な動産は、夫婦内部はもとより対外関係でも共有の推定がおよび、婚姻費用の支出で取得したものであるが夫婦の一方の名義になっている、たとえば不動産・株券・預金債権あるいは自動車など日常生活にそれほど関係のないものも、いずれにせよ夫婦の協力によりえられた財産として、夫婦内部においては共有の推定を受ける、⁽⁴⁾というのがそれである。

しかしながら、日常生活にそれほど関係のない財産の取得が、はたして婚姻費用の支出目的にかなうものであろうか。いいかえれば、かかる財産をもって、たとえ夫婦内部にとどまるにせよ、共有と推定すべきものといふことができるのであろうか。⁽⁵⁾この点につき、かつて私は、協力を本質的な要請とする夫婦間において、婚姻費用の分担にかんする第七六〇条を、扶養をこえるところで営まれる同程度の生活を相互に維持すべき義務とその費用の支出方法を定めたものとして位置づけ、それゆえに、わが国の法定財産制が、婚姻費用の負担にかんする修正を含みつつ、別産

制を採用するものにほかならないと解した。⁽⁶⁾ かように、婚姻費用あるいはそこから取得される財産が、夫婦の協力義務にもとづき、たんなる扶養にあらざる同程度の生活維持に必要なかぎり、その用に供さるべきものであることから、民法はこれを夫婦の共有と推定したのであって、婚姻費用のかかる性格は、前記有力学説と比較すれば、おのずから共有と推定される財産の範囲をせよとせざるをえない。ただし、婚姻費用の分担義務が別産制の修正としてとらえられるかぎり、夫婦の同程度の生活維持のために必要な財産のみが共有と推定されるにとどまるからである。⁽⁷⁾ そこに、財産の帰属をめぐり依然として夫婦のあいだに不平等が存すると主張される余地はあるが、帰属財産の多寡そのものだけをもって不平等と観念することはできない。夫婦といえどもそれぞれ独立の人格者である以上、夫と妻のあいだに財産帰属上の差があるのは当然だからである。これが夫婦のあいだで合理性を欠き不平等に作用するにいたるのは、むしろこのような経済的な力の差が一方による他方にたいする人格支配の手段と化するところにあるといふべきであって、婚姻費用の負担義務こそこの危険を防止し、実質的にも夫婦平等の支えとなるものといつてよいであろう。かくて問題は、別産制そのものにあるのではなく、まさに婚姻の解消にさいして現われるということになる。⁽⁸⁾

(1) 佐々木、前掲論文四五三頁参照。

(2) 主婦労働そのものが価値を生み出さないということは経済学説上の定説となっている（なお、磯野富士子「婦人解放論の混迷」朝日ジャーナル二巻一五号（一九六〇年四月一〇日号）一四頁以下、ならびに、兵頭進「妻の家庭内労働価値生産論を検討して―財産分与請求権の性格に及ぶ―」ケース研究七三号五四頁以下参照）。また、法的評価の側面からみても、主婦労働すなわち妻の家事労働は、夫による婚姻費用の負担に對置されるべき夫婦の協力義務の履行にはかならず、したがって、それぞれ相手方にたいして反対給付を請求しうる性質のものではない。もっとも、この点にかんし、「夫が負担する婚

姻費用が財産で支払われる限りは一定の限界があるのに対し、妻が提供する家事労働の量には一定の限界がない。婚姻費用分担にふり向けられた残りの財産は夫は夫所有として保有できるが、妻が提供する無限の家庭内労働はそこに妻に保有すべき何物も残さないという結果になる。妻が商品価値のある労働力の提供のために、労働市場に参加すれば、妻も当然にその財産を保有しうるのにくらべて、その不均衡はおおいいない」(人見康子「現代夫婦財産法の展開」一九七―一九八頁)という批判がある。ただし、財産帰属上の不均衡はそれ自体不平等でないこと後述のとおりである。

(3) 我妻栄「親族法」一〇二―一〇三頁、および、加藤永一「夫婦の財産関係について」民商法雑誌四六巻一号三頁以下ならびに三号八二頁以下参照。

(4) 加藤、前掲論文一号一三一―一四頁参照。

(5) なお、この見解が所有権制度そのものの変革を含んでいる、という鋭い指摘がある(人見、前掲書二〇二―二〇三頁参照)。

(6) 通説は、扶養義務をもって生活保持義務と生活扶助義務とに分け、前者が夫婦間や親の未成熟子にたいする関係で、同程度の生活を維持すべき義務であるとしたうえで、夫婦間においてその具体的な支出方法を定めたものが第七六〇条の婚姻費用の分担義務であると解している。したがって、かかる見解によれば、婚姻費用の分担義務は扶養義務にはならない。しかしながら、もともと自己責任の原則の例外と観念される近代的な扶養法のもとでは、それゆえに、扶養は生活困窮者にたいする経済的援助である。したがって、生活困窮を要件とせずに同程度の生活を維持すべき義務を認めるためには、その旨の明文の規定がなければならぬである(外岡茂十郎・高野竹三郎・佐々木宏「家族法再改正解説」一八三頁以下(佐々木)参照)。かくて、扶養はすべていわゆる生活扶助にとどめ、第七六〇条の意義を扶養以外のところに求めることが必要となる。第七六〇条の規定上の位置からこれを夫婦財産制の一部と解する理由がここにある。なお、拙稿「婚姻費用の分担と夫婦扶養」中京法学七巻三―四号一頁以下参照。

(7) したがって、前出の不動産・株券・預金債権あるいは自動車などは、ただちに共有と推定されるべきではなく、そのうちのたとえば居住用不動産や自動車につき、夫婦共同生活の維持のために必要なぎりにおいて、それぞれのいわば利用権の財産分与の性格

みが共有的に帰属（準共有）するにすぎない。

(8) ちなみに、法定財産制については、さらにつぎの二つの見解が存する。第一は、わが民法の財産制をもって、婚姻中の別産制と解消時における婚姻中の所得の分割という形の共通制との複合形態と解し、財産分与制度のなかにこの共通制が包摂されているというものである（有地亨「夫婦財産制に関する一考察」法制研究三二巻六六頁以下）。すなわち、わが民法の夫婦財産制の法的構成は、第七六二条により対外関係における夫婦の財産の帰属が規定され、第七八六条により婚姻家族内部における夫婦間の婚姻中の所得の帰属が規定されている、と観念するのである。この見解は、一方で、諸外国における夫婦財産制にかんする立法の趨勢とわが民法における夫婦財産制の系譜とをにらみ合わせながら、他方で、さきの第七六二条二項のいわば拡大解釈論を含めて、夫婦財産制において別産制を説く学説が、財産分与では、その清算的性格を認めて、財産制においては別産制の対立概念として把握される共通制にもとづき解釈する矛盾をときあかさんとするものといえよう。しかしながら、対内的に夫婦の共同所有の対象となる財産として第七八六条により分割されるものは、結局、婚姻中に夫婦の協力でえた財産であつてその一方の名義になっているものといふことになるから、この見解も実質的に婚姻中に婚姻共有財産制をとるにひとしいことになるう。

第二に、わが財産制は、もともと特有財産を例外とし、夫婦の協力によりえた財産につき共有財産制をとるものと解する見解がある（高根義三郎「夫婦財産共有について」判例時報七三号一頁以下）。夫婦の共同生活において、夫が社会的に活動して収入をうるについては、妻がこれに直接協力しないとしても家事を処理することが予想されかつ必要とされるから、夫の収入は、夫婦のいづれに属するか明らかでない財産として夫婦の共有と推定されるものでなく、夫婦によってえられた財産としてその取得の当初から夫婦の共有になる、というものである。この見解は、旧法第八〇七条一項が「妻が婚姻前ヨリ有セル財産及び婚姻中自己ノ名ニ於テ得タル財産ハ其ノ特有財産トス」と定めたのを、例外的に妻にも特有財産を認める趣旨であると解し、現行法は、夫婦平等の見地からこの例外を夫婦の双方に拡張したとするもののようであるが、そもそも旧法下における妻の特有財産の「例外」を、夫の特有財産にたいするものとして、すなわち別産制を前提にしつつ用いながら、夫にまでひろげられた特有財産もまた「例外」として、これを直ちに共有制にたいするものとみることは論理の飛躍

があるといわなければならない（なお、中尾英俊「夫婦の平等と夫婦財産制」法律時報三三卷九号一七頁参照）。現民法のもとにおいては、むしろ「例外」がなくなったといふべきだからである。

（三）財産分与における清算観念

財産分与における清算観念は、民法第七六八条三項が「協力によって得た財産の額」を分与の対象とする旨定めたことをもってその法文上の直接の根拠とするが、そもそもこの協力によってえた財産の範囲が、これまでかならずしも明確には示されなかったため、清算観念そのものも一般には抽象的な概念にとどまらざるをえなかったようである。⁽¹⁾この点につき、前記有力学説が、夫婦財産制にかんして、第七六二条二項のいわば拡張解釈をとおして共有と推定される財産を確定し、離婚にさいして清算の対象となるべき財産の範囲を明示したことは、それなりに意義をもつものであった。しかし、これは、夫婦の財産関係につき実質的に婚姻共有財産制をとるものにほかならないこと前記のとおりであるから、あらかじめ財産分与制度をもつて、相続や贈与によらずに婚姻中に取得されるいわゆる婚姻財産の平等な分割をまずめざすものというにひとしく、その結果、たとえば、妻がなんら社会的な労働に参加せず、それゆえに家事に専従しているとみなされるときでさえ、このいわば協力をえて夫により獲得された財産がはなはだしく大きい場合には、第七六八条三項にもとづく家庭裁判所の自由裁量によつても、清算額をその二分の一以下極端に縮減することはきわめて困難になる。けだし、妻による家事労働の質や量をとくに問題としない以上、たまたま蓄財家の夫をもった妻は、ただそれだけでも、原則として、婚姻中からその莫大な財産のうえに二分の一の共有持分権をもつと解されるからである。⁽³⁾

もとより、財産分与として清算の対象となるべきものが夫婦の共有と推定される財産を含むとしても、それは、前記のように協力義務の履行として支出される婚姻費用とそこから取得される財産、すなわち夫婦それぞれが同程度の生活を維持するために必要なかぎりで蓄積された財産を意味するにとどまるから、つねに婚姻財産全体の二分の一にいたるとはかぎらず、婚姻財産が大きくなるにしたがい、むしろ共有と推定される財産の割合は低下していくはずである。財産分与として離婚にさいして清算されるのは、いずれにせよ婚姻中の財産関係であって、わが民法は、婚姻中は別産制を堅持しつつ、せいぜい婚姻費用にかんしてその修正を認めているにすぎない。

ところで、妻が家族内部で家事労働とともに対価を生み出す労働にもたずさわることの多い零細な店舗経営や農業経営においては、それにもかかわらず、よって生ずる収入や利益は、すべて形式上の経営名義人たる夫に帰属するというのが実情のようである。しかし、あまつさえ夫権的な雰囲気なかで、とかく夫の労働に付ずいするとみなされ、それゆえに性的分業により担わされている家事労働に含ましめられがちな妻のかかる労働を、家事労働と峻別し、すくなくとも家族内部においては、夫名義の収益のうえに妻のための応分の権利を認めてやることは、まさに夫婦の平等にとって必要不可欠なことといわなければならない。とすれば、かような労働への参加は、もはやたんなる家事労働にとどまることなく夫婦の協力義務の範囲をこえるものとして、参加の態様によりこれを共同経営ないしは雇傭の関係とみなし、そこで夫名義でえられる収益を、内部的には、夫の特有財産から切りはなして、部分的であれ夫婦の共有財産とみるのが合理的だということになる⁽⁴⁾。この意味において、第七六二条一項で「自己の名で得た財産」というときの「自己の名」は、これを実質的に解すべきであり⁽⁵⁾、したがって、右の収益も実質的に夫婦の共有財

産として清算の対象となることはいうまでもない。ただ共有財産としての性質が推定によらないという点で、婚姻費用やそこから取得される財産と異なるにすぎない。

もっとも、これらの共有財産の清算は、もともととは共有物分割（第二五六条以下）の性質を有するものであってみれば、⁶⁾清算の名をもつてする財産分与は、結局、夫婦それぞれの権利はこれを侵すことをえないという私法の一般秩序が離婚にさいしてもつらぬかれたということをのぞけば、その実際上の意義は、かような手続を離婚にさいして包括的に行なうことが妥当かつ便宜にかなうという点に求められるにすぎず、かくて、清算観念は、せいぜい財産分与の性格の一端を担うにとどまり、固有の性格は、むしろこのほかに存するといつてよいことになる。

(1) たとえば、これを実質的な持分の取戻しと解し（板木郁郎「離婚の際の財産分与の性質について」立命館法学四・五号七四頁）、あるいは、潜在的な持分の清算と解する（中川善之助「親族法」上巻（現代法学全書）二七九頁）などである。なお、最判昭和三十六年九月六日（民集一五卷八号二〇八七頁）参照。

(2) もっとも、加藤、前掲論文四六卷三三八頁は、前記財産帰属の原則は、一見夫婦の財産について夫婦がそれぞれ二分の一の共有持分をもつという形で現実で働くようにみえるが、それは、結局、公平の原則にしたがって財産分与の額を定めるための評価基準という機能しかない、とされる。

(3) この意味において、この学説は、家事を担当する妻はつねに良き配偶者であって、それにもかかわらず、不当にしいたげられているという先入観にとらわれているように思われる。

(4) なお、こうしてえられた収益から婚姻費用が支出されるときには、結局、妻もまた実質的にこれを分担したと解すべきことになる。

(5) 特段の事情がないかぎり、夫名義の財産取得行為に妻が金銭的な寄与をした場合も、もとより同様である。

（6）ただし、とくに推定される共有財産については、その性質上、婚姻中の分割請求が許されないことはいうまでもない。

三 財産分与の性格

（一）財産分与における扶養観念

わが国の離婚給付制度が純粹な扶養的性格を克服したところで、財産分与の制度として出現したことは、その成立過程にてらして明らかである。そして、この財産分与の性格づけにおいて、扶養に代えて中核にすえられたのが清算観念であった。それは、改正民法がめざすところの婚姻をもって対等な当事者の結合関係とみる夫婦平等思想のあらわれでもある。しかしながら、清算観念は、その性質上、婚姻中の財産関係たる別産制の制約をこええないこと前記のとおりであるから、現実には、これのみをもってしては、婚姻中にもっぱら家事を担当してきた配偶者が離婚を契機に生活困窮におちいる事態をさけがたいものにする、という結果を生ずるにいたるであらう。もとより、清算の対象となるべき財産が夫婦間に存在するかぎり、清算観念のみによっても、実際上は、財産分与制度が離婚により生活手段を失なう配偶者のために扶養としての機能を営みうることはいうまでもない。しかし、婚姻中に清算の対象とされる夫婦の共有財産の蓄積にみるべきものがなく、あるいはそれがないうちに、もはや財産分与にかかる機能すら期待することをえない。そこに、離婚後の生活保障をとおして離婚自由の確保をめざす立場から、改めて財産分与に扶養観念を積極的に導入すべしとの主張が存する理由がある。⁽¹⁾

たしかに、財産分与をもって離婚後の扶養と観念することは、制度の沿革や第七六八条三項のいわゆる「一切の事

情」のうちにその根拠を求めることができないわけではなく、この意味において、扶養を清算とならぶ財産分与の性格とみることは不可能ではない。とすれば、かかる扶養観念は、結局、離婚により生活困窮におちいる配偶者の離婚後の生活維持をはかることをもって財産分与の目的とするものにはかならないが、それはかならずしもいわゆる婚姻財産の清算を否定するものではないから、分与の対象となる財産は、実質的に夫婦の共有たりしものばかりでなく、ときにはそれをこえて一方の特有財産にもおよぶべきことになる。しかも、この特有財産は、離婚当時存在するものとはもとより、その後取得されるものをも含むことになるはずである。ただし、財産分与に扶養目的が掲げられるからには、被扶養者の生活困窮が続くかぎり、扶養義務は免れえないことになるからである、

しかし、かりに第七六八条を一般の扶養にかんする第八七七条以下の特則と認め、離婚によりもともと親族関係に立たなくなった者のあいだの扶養義務を定めたものと解しうるとしても、それが私的扶養であるかぎり、被扶養者につき生活困窮のみを要件とする近代的な扶養観念のもとで、本来、具体的な扶養義務の発生にかんし被扶養者の離婚のさいの有責性がとくに問題とされる余地はなく、したがって、有責配偶者たりし者にたいしても、その生活困窮がある以上、財産分与はこれを拒みえないことになるはずである。⁽³⁾ また、扶養義務者間に順位をもうけていない改正民法のもとにおいては、財産分与としての離婚配偶者間の扶養が他の扶養に優先すべき特段の理由はみいだしがたいといえるから、財産分与の性格づけとしてかく解することにかくべつの実益が存するわけでもない。

のみならず、財産分与を扶養と観念してみても、それは、離婚を望む配偶者のために、かならずしも離婚そのものへの途を完全に開くとはかぎらない。扶養が被扶養者の最低限の生活を維持するための経済的援助にとどまる以上、

婚姻中に前配偶者の婚姻費用の負担によって相当程度の生活を営んできた被扶養者にとっては、かような財産分与は、せいぜい生活程度の低下をもたらすにすぎないからである。財産分与は、離婚を欲する者にかえって婚姻への忍従を強い、その形骸化をうながすおそれすらある、といえなくもない。

かくて、財産分与における扶養観念は、これをもって離婚の自由を保障すべく財産分与に性格づけを与えるには不十分であり、そのかぎりでは、これはむしろ財産分与に含まれる一機能にとどまるべきものといつてよいであろう。しかしながら、この観念は、分与の対象となる財産の範囲を、夫婦の共有財産に限定せず、その一方の特有財産にまで拡大し、第七六八条三項にもとづく家庭裁判所による自由裁量の余地をひろく残したという意味で、財産分与の性格づけに重要な役割をはたすことになるのである。

(1) たとえば、中川善之助編「註釈親族法上」（福島四郎）二六二—二六三頁。とくに右近健男「離婚扶養の研究—財産分与論その一—」二五頁以下など。このほか、家事に専従する妻が、そのために離婚後の生活困窮にやむなきにいたるとすれば、すくなくとも婚姻により減退した生活能力を回復する期間、夫に扶養義務を負わせることが公平に適するということが考えられる。

(2) かく認めることの理由を、右近、前掲書二五—二六頁はつぎのように説明している。「近代国家がいずれも国民に対する社会保障を国家の責務としている今日、離婚となった途端に路頭に迷う配偶者に対して国家が配慮することも右の責務の一部であることは争うべくもない。……離婚扶養が本来国家の責務に属すべきものであるとしても、それが実現されるまでは何らかの次善策が講ぜられなければならない。国家の責務であることを強調するだけでは、現実路頭に迷っている離婚配偶者を救済することはできないからである。……しかも親族共同体が観念的となつてしまった今日、離婚配偶者が自己の生活をこのような親族共同体によって支えられることを期待することは困難である。このような状態におかれた離婚配偶者の

困窮に対して寄与すべき第一の私人としては、やはり、自己の責に帰すべき事由によって離婚のやむなきに至らしめ、あるいは自ら離婚を請求することによって相手方をこのような状態に陥らせた離婚配偶者を挙げるのが、現時点では、適當である²¹。

(3) なお、右近、前掲書一三八頁以下参照。

(二) 財産分与の性格

財産分与が清算をその本体とするものではなく、また扶養もせいぜい機能的側面にすぎないとすれば、それははたしていかなる性格を有するものであろうか。これを検討するためには、まず財産分与制度そのものの離婚法上の位置を明らかにしておく必要がある。もともと財産分与制度は、戦後の離婚法の改正とともに新たにもうけられたものである。

戦後の民法改正が、憲法第二四条の要請にこたえるべく、個人の尊厳と両性の本質的平等とに立脚しておこなわれ、その結果、裁判上の離婚原因についての夫婦の不平等がのぞかれたことは周知のとおりである。のみならず、改正民法は、離婚原因を制限列举的に掲げこれを絶対的なものとすることをやめ、新たに「その他婚姻を継続し難い重大な事由」という包括的な一号を附加して離婚原因を相対化したから、これにより、裁判離婚においても、離婚自由への途は大幅に開かれたといえることができる。⁽¹⁾もとより、ここにいる離婚の自由は、離婚原因の有無を問わない協議離婚のそれと異なり裁判離婚についてであるから、おのずから限界を免れえないことはいうまでもない。しかし、離婚原因を定めている第七七〇条のその後の解釈は、かかる意味における離婚の自由ですら完全に認めているとはい

がたく、ことに精神病者にたいする離婚請求や有責配偶者からの離婚請求にたいして、裁判所、なかんずく最高裁がきわめて消極的なことはとくに多言を要するまでもないところである。⁽²⁾

ところで、協議離婚制度を含めて法形式上の離婚の自由は、それがなんらかの具体的な保障措置を伴わないかぎり実効を期することをえない。離婚の合意を欠く裁判離婚の場合とはとくにそうである。右の二事例においても、まさにこの点が問題になるといってよいであろう。すなわち、精神病者にたいするものであれ有責配偶者からのものであれ、裁判所は、離婚請求を棄却することにより、形骸化した婚姻を存続せしめることに意義を認めたわけではなく、そうなるにせよ婚姻の形式をとおしての利益の保護を図ることに妥当性を見出したとみるべきであるから、かかる場合の離婚の許否は、結局、婚姻の形骸化がもたらす不利益と、それにもかかわらずこれを存続させることによって維持される利益との比較考量において決せられる、ということになる。とすれば、このような不利益に對置される利益とは何であろうか。まずこれを精神病離婚についてみると、その後の判決に指導的役割をはたしたといわれる昭和三年七月二五日の最高裁判決がある。ここで最高裁は、「民法七七〇条は、あらたに『配偶者が強度の精神病にかかり回復の見込がないとき』を裁判上離婚請求の一事由としたけれども、同条二項は、右の事由があるときでも裁判所は一切の事情を考慮して婚姻の継続を相当と認めるときは離婚の請求を棄却することができる旨を規定しているのであって、民法は単に夫婦の一方が不治の精神病にかかった一事をもつて直ちに離婚訴訟を理由ありとするものと解すべきでなく、たとえかかる場合においても、諸般の事情を考慮し、病者の今後の療養、生活等についてできるかぎりの具体的方途を講じ、ある程度において、前途にその方途の見込のついた上でなければ、ただちに婚姻関係を廢絶す

ることは不相当と認めて、離婚の請求は許さない法意であると解すべきである⁽³⁾、と判示した。換言すれば、ここでは、かかる「具体的方途」がすくなくとも婚姻には存しうるとみられたといつてよく、そこに破綻した婚姻を存続させる利益が認められたということができよう。もっとも、この判決にたいしては、具体的方途を講じ、前途にその見込をつけたとしても、「これを強制する方法がなく、それは畢竟単なる机上の方策に終るだけ」であつて、「何ら強制力を伴わない病者療養の具体策を離婚訴訟手続において講すべきものとする考え方」⁽⁴⁾にほかならないとの批判があり、結局、本判決の意義は、病者のための財産的給付が離婚と同時に解決されるべきであるといふところに存するといつてよいであらう⁽⁵⁾。

つぎに有責配偶者からの離婚請求については、最高裁は、もっぱら婚姻道德を強調して、はやくからこれを否定する原則を確立した⁽⁶⁾。有責配偶者からの離婚請求を認容することは、たしかに恣意的離婚や追い出し離婚を助長することとなつて、とくに夫権的な婚姻生活が残存するところでは、妻の人格にたいする重大な抑圧となるおそれらないとはいえない。しかしながら、破綻し形骸化した婚姻を法が強制して存続させることもまた婚姻道德の低下につながるものであるのみならず、婚姻をもつて個人の愛情と幸福追求の場と観念し、婚姻が破綻したときにはその解消を認めることがむしろ新たな婚姻道德に合致するとの自由離婚の思想にしたがうかぎり、離婚はこれを容認して、夫の過失にたいする責任や離婚後の妻の生活維持を財産的給付により解決するという処置が合理的だといふべきであらう⁽⁸⁾。かくて、いずれの場合も、離婚の請求を棄却し破綻した婚姻を存続せしめることの利益は、道德的感情を別にすれば⁽⁹⁾、婚姻そのものを必然的に前提とするわけではなく、離婚のさいの財産的給付により代えることをうるものである

る。したがって、このための制度が存しかつそれが有効に機能するかぎり、右の場合に離婚を認めることも可能であるといつてよく、この意味において、まさに財産分与制度がひろく離婚の自由を保障する財産的給付の制度にほかなないと解しうるのである。ただ、わが国における離婚法改正の経過にてらし、財産分与制度を右のように位置づけることができるとしても、これが私的給付の制度である以上、もともと分与すべき財産に事欠く夫婦にとつては、それがさしたる意味をもつはずのものではない。とすれば、離婚自由の保障はこれを財産分与に期待しえないことはいうまでもなく、この場合には、現状では、せいぜい離婚後の生活維持を他の私的給付Ⅱ扶養もしくは公的給付に求めるほかはない。

（１） 本号が加えられるにいたったいきさつについては、第一国会における「民法の一部を改正する法律案」の参議院司法委員会での審議にさいし、奥野政府委員より次のように説明されている。「この七七〇条は現行法の八一三条に該当する規定であります。現行法におきましては法律上の、いわゆる裁判上の離婚の原因といたしましては、一から一〇号までで各場合を規定いたしております。それでこの場合に該当しない場合には、どうしても裁判上の離婚の請求ができないということになつておりまして、只今お示しのように非常に窮屈になつております。むしろ離婚を緩やかにすべきではないかという御意見とは全く反対の規定になつております。そこでこういうふうに一々原因を列挙いたしますことは、これは夫婦間のいろいろな原因によつてどうしても婚姻関係が継続されて行くことができないという場合のすべてを網羅するということはなかなか困難であるのでありまして、只今のような御趣旨を徹底せしめることは、幾らその原因の列挙を多くしましても目的を達し得ないということに考えます。そこで七七〇条の第五号に、『その他婚姻を継続し難い重大な事由があるとき。』という包括的な一号を加えまして、一号から四号までは大体例示的なものといいたしまして、五号にいたつてそれを包括的な、言い換えれば一号から四号までは、五号の一つの例を示している、というふうな考えから、要するに婚姻関係が持続し難いと思わ

れるような場合であれば、とにかく裁判上の請求ができるということにいたしまして、これによって只今の（離婚を容易ならしむるという）御趣旨に副い得るかというふうに考えます」（前出家庭裁判資料五四六頁）。

- (2) たとえば、精神病離婚につき、最判昭和三年七月二五日（民集一二卷一二号一八二三頁）、最判昭和三六年四月二五日（民集一五卷四号八九一頁）、最判昭和四五年三月二二日（判時五九三三四一頁）など。なお、最判昭和四五年一月二四日（民集二四卷一二号一九四三頁）は、最高裁としてはじめて精神病離婚を認めたものであるが、一般的には従来の最高裁の判例理論を変更したわけではない。また、有責配偶者からの離婚請求につき、最判昭和二七年二月一九日（民集六卷二号一一〇頁）、最判昭和三八年六月七日（家月一五卷八号五五頁）など。

- (3) 民集一二卷一二号一八二八頁。なお、精神病離婚については、第七七〇条二項の適否も問題となるところであるが、ここでは扱わない。

- (4) 長谷部茂吉「精神病にかかった配偶者にたいする離婚請求の方法」ジュリ一六一号三四頁。

- (5) 山木戸克巳「人訴法四条の趣旨等」民商法雑誌四〇卷三号一〇六頁。なお、我妻栄「離婚と裁判手続」民商法雑誌三九卷一・二・三号五頁以下参照。なお、かかる判例理論は、病者にたいする社会保障制度適用の途をふさぐとの批判がある。

- (6) 最判昭和二七年二月一九日（民集六卷二号一一〇頁）。なお、最判昭和三八年六月七日（家月一五卷八号五五頁）は、それまでの判例法の展開として、「破綻につきもっぱら又は主として原因を与えた当事者は、自ら離婚の請求をなしえない」と判示している。

- (7) 川島武宜「離婚と社会統制」（家族問題と家族法所収）八五頁。なお、高橋忠次郎「有責配偶者からの離婚請求」（現代家族法大系2所収）二〇四頁参照。

- (8) 佐々木宏「破綻主義の展開と相対的離婚原因」現代法学の諸問題四二四頁参照。

- (9) さしあたって道徳的反撥を克服しえないとすれば、他の立法例にみられるような一定期間の別居を前置するという制度の導入も考慮に値しよう。

（三） 財産分与の内容と方法

財産分与が離婚自由の保障たる性格を有するということは、夫婦をしてすくなくとも経済的に対等な立場で離婚にのぞましめるものが財産分与にはかならないということを意味する。すなわち、離婚を欲しながらその後の生活程度の低下をおそれるあまりにこれをちゅうちよする配偶者や、婚姻が破綻しているにもかかわらず、これまで離婚が許されることの少なかった配偶者のために、離婚への途を開くもの、それが財産分与である。したがって、財産分与は、婚姻財産の清算による実質的な共有物分割を含みつつ、さらにすくなくとも離婚後当座のあいだは、権利者のために婚姻中と同程度の生活水準を持続させることをもってその内容とする。財産分与が自由な離婚を経済的に保障するといえるためには、婚姻をとおしてえていた財産的利益を離婚によって失なわしめないことが必要だからである。この点で、財産分与は、婚姻費用の負担とはその性格・目的が異なるとはいえ、内容的には婚姻費用の負担が離婚後にもおよぶにひとしいといつてよいであらう。⁽¹⁾もとより、離婚にいたる各夫婦の婚姻中の生活程度は、それぞれ具体的事情により相違しているはずであるから、かような財産分与にもつき持続される離婚後の生活程度もまた一様ではない。そこに、第七六八条三項が財産分与にかんして家庭裁判所に広範な自由裁量権を付与した理由があるといふべきである。⁽²⁾かかる意味において、第七六八条は、婚姻財産の清算とともに、むしろ離婚後の扶養をこえたところで営まれる婚姻中と同程度の生活を維持すべき義務を、とくに離婚にさいして明記したものと解されることにならう。⁽³⁾

婚姻財産の清算たる要素をのぞく財産分与が、たんなる離婚後の扶養と異なること右のとおりであるから、その具体的内容が、扶養觀念によらず財産分与そのものの性格により決せられるべきことはいうまでもない。ここで問題となるのは、婚姻の破綻がもつぱら離婚により生活程度の低下をまねく配偶者の過失に起因するときの、このいわゆる有責配偶者からの財産分与請求の許否である。この場合、かかる配偶者がたとえ離婚後に生活困窮におちいるとしても、もはや財産分与を請求することは許されないというべきであろう。もともと財産分与によりつぐなわれる婚姻存続の利益が、協力義務にもとづく婚姻費用の負担によって維持された夫婦の同程度の生活であるかぎり、協力義務に違反し過失ある行為によりみずから婚姻の破綻に原因を与えた配偶者が、このような利益を主張することは許されるはずのものではないからである。

ところで、財産分与によつて離婚後に維持される婚姻中と同程度の生活がいかなる水準のものであるかは、原則として離婚の時を標準に定められることはいうまでもない。問題は、このような生活水準を存続させる期間である。それは、財産分与が離婚自由の保障たる性格を有する以上、この目的を達するのに必要な相当の期間といふべきであつて、当事者の年齢や資産・収入等の具体的な事情によりかならずしも一様ではない。のみならず、離婚の自由が夫婦それぞれの完全な自立への契機となるべきことを考慮すれば、財産分与がかえつて離婚配偶者の経済的自立をさまたげるものであつてはならず、この意味において、権利者が若くしかも子がない場合のごときは、その者の稼働能力回復期間を予定し、これをもつて給付の期間と定めることができる。未成熟の子を養育する権利者についても同様である。また、このように財産分与の内容を決定した後であっても、物価の騰貴や当事者双方の経済状態の変化とくに再

婚などの事情の変更があるときは、⁽⁴⁾分与額を増額しあるいは減額して右の期間を短縮することが妥当とされる場合さえありうる。ただし、当事者に離婚後生じた経済的窮迫や余裕などの変動があるにもかかわらず、なお離婚時の生活を基準とする給付を命じあるいはこれを受領させることは、はなはだしく公平に反することがあるからである。したがって、財産分与の方法としては、一括給付と一定の期間をかぎった分割給付の組み合わせにより、事情の変更に応じて、分割給付の部分を将来に向かって増減しうるとするのが合理的であろう。もっとも、財産分与の審判には、婚姻費用分担の審判と同様、これを変更する手続は開かれておらず、また、即時抗告に服する審判であるところから（家審法第十四条）、非訟事件手続法第十九条によるその取消・変更も許されていない。しかし、財産分与の性格上これが不可避であるとすれば、扶養にかんする家事審判規則第九六条が類推適用されてしかるべきであるという⁽⁵⁾ことになる。

(1) のみならず、財産分与は、離婚をもって夫婦の一方による他方にたいする人格支配の手段たらしめないという側面をもつことから、それはあたかも婚姻中の婚姻費用の負担が、帰属財産の多寡による夫婦間の支配隷従をふせぎ、平等かつ自由な婚姻を保障する性格を有するのと類似する。

(2) 第七六八条三項の立法理由については、第一国会における「民法の一部を改正する法律案」の衆議院司法委員会での審議にさいし、奥野政府委員より次のように説明されている。「離婚しようという場合でありますから、協議が整わないというのが普通でありましょうが、その際は家事審判所がきめることになりましたが、これは七百六十八条の末項にありますように、結局夫婦の財産というものは、当事者の双方の協力によってつくられたものであるという前提のもとに、夫婦がわかれるのであるからその財産をわけけるようにするという思想であります。これには単にそうなる、それでは財産の半分は——少くとも協力によって婚姻後できた財産を半分に分けるというようにしたことにとらどうかという議論も考えられるでありま

す。ただこの際さらにそれだけの単純な標準ではなく、離婚の原因がどちらにあるかというように、あるいはただいまお示しのように、わかれていく者の生活状態、あるいは扶養生活費の問題、あるいは生活費だけにすればどうかということにも考えられますが、しかしその家が非常に財産家であって、単に生活費というだけでは適當ではない。財産があり余るほどかりにあった場合は、ただ生活に足るだけでは實は不十分であるというふうなこともあり得るわけであります。いろいろな事情を考慮して、適當にきめる以外にないというふうに考えまして、そういった明確なる標準をおかないで、はなはだ漠としたことではありますが、七百六十八条の末項のような規定にいたしましたわけであります」(前出家庭裁判資料一一五——一六頁)。

(3) もっとも、離婚により夫婦が世帯を異にする結果、あわせ必要とされる費用の増加はさげがたいこととなる。そのために、婚姻中の生活水準を持続することが困難な場合も生じてこようが、このときには、義務者の最低限の生活をおびやかさないかぎり、権利者・義務者が同等の生活を営みうるよう分与することになろう。

(4) 財産分与により保障される離婚の自由とは、とりもなおさず再婚の自由を意味するから、一般に、再婚した権利者の権利は、目的到達のゆえに消滅するというべきである。問題となるのは義務者の再婚である。この場合に、義務者が有責配偶者であって、離婚請求が権利者たる無責配偶者からなされているときは、財産分与における離婚自由の保障は権利者のために存しているから、義務者の再婚は財産分与にとくに影響をおよぼすことはない。これに反し、離婚請求が義務者たる有責配偶者からなされているときは、むしろ義務者自身のために離婚自由の保障が存する。したがって、情況により、義務者はみづからの離婚の自由を獲得するにたる充分な給付をしていないとみて、その再婚にもかかわらず、なお相当期間の給付を免れない、と解することができよう。権利者義務者ともに無責当事者であるときの義務者の再婚の場合には、公平にてらして双方の事情がしんしゃくされ、また、財産分与により精神病者と離婚しえた者の再婚の場合には、とくにその当時における病者にたいする社会保障の程度がしんしゃくされることになろう。ここでとくに困難な問題となるのは、たとえば義務者たる者の再婚の相手方が共働きの場合である。けだし、この場合には、夫の収入の一部が財産分与として前妻に給付されているために、再婚夫婦の生活において相手方の収入に依存する割合が増加する結果、相手方が前妻のためにその収入をうるに

ひとしいこととなるからである。財産分与が私的な給付であるかぎりかような事態はさげがたいといえようが、相手方もその婚姻において協力義務の履行として婚姻費用を分担したにすぎないのであるから、この一事をもってただちに相手方にたいていする不正とみることはできないであろう。なお、離婚後の事情の変更には、右の再婚のごときいわば積極的なもののみならず、みずからの経済的自立をさまたげる権利者の自助努力の欠如や怠慢のごときいわば消極的なものも、これに含まれるとみるべきであろう。

(5) 婚姻費用分担の審判にかんし同様に解しうることにつき、拙稿、前掲「婚姻費用の分担と夫婦扶養」一六頁参照。

四 むすび―財産分与と離婚による慰藉料―

財産分与制度がなかった戦前においても、いわゆる離婚原因による慰藉料や離婚による慰藉料を認める判例が存在し、かかる名目でとくに離婚婦の不利益救済が実質的にはかかれていたことはよく知られているところである。すなわち、一方において、つとに明治四十一年の大審院判決以来、虐待や侮辱などの離婚原因を理由とする慰藉料請求が認められ、他方において、もっぱら下級審で、離婚のやむなきにいたったことにより蒙った精神的損害を理由とする慰藉料請求もまたこれを認容する傾向すら存した。⁽²⁾そこで、戦後の財産分与制度の新設は、その性格が明示されていないために、これらの慰藉料ことに後者の離婚による慰藉料を財産分与に含ましめるか否かの争いをもたらすこととなり、はじめて財産分与と離婚による慰藉料の關係に触れた昭和三十一年二月二日の最高裁判決を契機に、川島教授のつぎのような主張をみるにいたるのである。⁽⁴⁾

川島教授は、まず、不法行為責任を問う形式をとりながら、離婚そのものによる損害の賠償に重きをおき、実質的

に財産分与制度に近づくものさえあった従来の判例法理における法的構成と法的保護の実質的内容のずれを指摘しつつ、婚姻が「二人の人間のあいだの作用・反作用の無数の連鎖反応の過程」である以上は、現実には離婚がつねにならずどちらか一方の過失によって生ずるものとはかぎらず、したがって、「離婚そのものによる不利益に対し救済を与えるためには、不法行為制度のよい程度で『不法』性―特に『権利侵害』―を要求し・且つ過去の損害を問題とし将来における需要を問題とするのでない制度とは異なるところの、別の制度を必要とすることは、明らかである」、とのべて、「離婚に至らしめたこと自体を不法行為として慰藉料を与える従来の法律構成は、不法行為の要件からみて論理的に不適當であるとか、或は救済方法として不適當であるだけでなく、新民法の財産分与制度の下においては、もはや存在の余地がなくなったものと認められなければならない」と結論づけられている。

財産分与をもって離婚そのものによる不利益救済のための特別な制度と観念し、それゆえに、離婚による慰藉料という法的保護は財産分与に包摂せしめられたとみるこの見解が、その後、財産分与の性格づけをめぐる大きな論議をまきおこすこととなったのは周知のとおりである。たしかに、みずからの責に帰すべき行為により離婚にいたらしめたとはいえ、その者に、独立の不法行為の要件を問題とはせず、離婚にいたらしめたこと自体をもって不法行為にもとづく慰藉料の支払義務を負わせることは、他に離婚により生ずる不利益を救済するためのとるべき手段が存在しない場合とはともかく、あまりに技巧的かつ無理な構成といわなければならない。したがって、財産分与の性格に、慰藉料にかわる離婚による不利益の救済を含みうるとすれば、あえて不法行為に慰藉料の構成をとる必要がないことはいうまでもない。

ところで、財産分与の性格を婚姻財産の清算ないしはせいぜい離婚後の扶養が付加されるとみると、このみではひろく離婚により生ずる不利益の救済に足りないといふところ、あるいは財産分与のなかで離婚による慰藉料という性格の救済を認め、あるいは財産分与のそとでこれを認めんとする理由が存するようである。しかしながら、離婚による慰藉料が実質的に慰藉料たりえないのみならず、それは離婚により生ずる不利益の救済にはかならないこと右のとおりであるから、結局、この不利益は、婚姻が継続することによりうる経済的利益の喪失であるといつてよく、⁽⁵⁾とすれば、かかる不利益の救済は、婚姻中と同程度の生活を維持せしめれば足りるはずである。かくて、婚姻財産の清算を伴いつつ、離婚の自由の保障に財産分与の本体を求め、したがってその内容は婚姻中と同程度の生活の維持にあると解する本稿においては、離婚による慰藉料の名目で一部営まれてきた離婚それ自体の不利益救済は、おのずから財産分与のなかに包摂されることとなつて、この意味から、「離婚による慰藉料」は、財産分与制度の出現とともにその歴史的な役割を終えたといつてよい。⁽⁶⁾

かように、離婚による慰藉料そのものはや存在せず、財産分与にその機能が帰せられることとなつても、これが、さきのいわゆる離婚原因による慰藉料のような独立に不法行為の要件をみたす慰藉料請求を、財産分与のゆえにさまたげるものでないことはいうまでもない。

（１）民録一四輯三四頁。

（２）大分地中津支判大正一五年二月二十九日（新聞二六五一号九頁）、高知地判昭和十一年二月二日（法律評論二五卷民法一一五九頁）など。

(3) 民集一〇卷二号一二四頁。

(4) 川島武宜「離婚慰藉料と財産分与との関係―法的保護と法的構成との関係の問題として―」損害賠償責任の研究上二五九頁以下。

(5) もっとも、たとえば中川淳教授は、「離婚による慰藉料」の必要性を説いて、「離婚すなわち配偶者(妻)たる地位の喪失によって生ずる精神的損害は、現実を生ずるものであって、無過失責任として弱者の保護・救済を認める理由となりうる」(「離婚財産分与と慰藉料との関係」(現代家族法大系2所収)三三〇頁)とされる。しかし、弱者たる妻の保護・救済のためには、離婚によりこうむる経済的損失の救済で足りるはずである。とすれば、本来、慰藉料として填補される精神的損害は違法行為にもとづくものにかぎるとしているわが民法の構成のもとで、それにもかかわらず、「離婚による慰藉料」の場合にのみ、あえて無過失責任の理論を導入してまで慰藉料を認める実益はとぼしいといわなければならないであらう。

(6) かくして、すべからず破綻した婚姻を解消せしめ、もってかかる離婚自由の保障として財産分与を性格づけんとする本稿においては、財産分与そのものが夫婦関係のいわば清算にともなう財産的措置として、広義における夫婦関係の清算たる性格を有する、とみることでもできよう。